



LA « MATIÈRE PREMIÈRE » ARTISTIQUE ET LE DROIT D'AUTEUR

NOUVEL EPISODE DE L'AFFAIRE NAKED

-

Note sous CA Paris, Pôle 5, 1^{ère} Ch., 17 décembre 2019, RG n° 17/09695

-

***Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 167, février 2020, pp. 8-15**

Philippe MOURON

Maître de conférences HDR en droit privé
LID2MS – Aix-Marseille Université

« Imiter est en effet, dès leur enfance, une tendance naturelle aux hommes – et ils se différencient des autres animaux en ce qu'ils sont des êtres fort enclins à imiter et qu'ils commencent à apprendre à travers l'imitation -, comme la tendance commune à tous, de prendre plaisir aux représentations »¹.

L'affaire jugée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 17 décembre 2019 nous renvoie à la problématique que pose l'appropriationnisme en matière de droit d'auteur.

La pratique consiste, comme son nom l'indique, à se réapproprier une création antérieure en lui ajoutant des éléments censés en changer l'intégrité et/ou l'esprit. En d'autres termes, il s'agirait de la création d'une œuvre composite, au sens de l'article L 113-2 du Code de la propriété intellectuelle. L'article L 113-4 ajoute qu'une telle œuvre appartient à l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre antérieure. Le problème se situe précisément à ce niveau, car les artistes appropriationnistes ne demandent pas systématiquement l'autorisation des auteurs des œuvres dont ils s'inspirent. Selon eux, les œuvres dont ils s'inspirent constitueraient des « matières premières » servant à l'élaboration d'œuvres nouvelles prétendument indépendantes². Cet argument phare a été soulevé à

¹ ARISTOTE, *Poétique*, Chap. IV, Le livre de poche, Paris, 1990, pp. 88-89

² Sur le sujet, voir not. : GILDEN A., « Raw Materials and the Creative Process », *Geo. L. J.*, Vol. 104, Issue 2, January 2016, pp. 355-412

l'occasion d'autres contentieux emblématiques, notamment dans l'affaire *Cariou vs Prince*³. Mais ce sont certainement les œuvres de Jeff Koons qui en constituent le meilleur exemple, l'artiste n'en étant pas à son premier coup d'essai avec l'affaire ici commentée.

Celle-ci portait sur une sculpture en porcelaine intitulée *Naked*, réalisée en 1988. Elle représente deux enfants nus, un garçon et une fille, se tenant réciproquement par l'épaule, sur un parterre de fleurs en forme de cœur, le garçon tendant un bouquet à la fille. Cette sculpture présente d'importantes similitudes avec une photographie en noir et blanc de Jean-François Bauret, datée de 1970 et intitulée « Enfants », qui fut commercialisée sous la forme de cartes postales à partir de 1975. Jeff Koons a reconnu s'en être inspiré, tout en apportant des éléments propres à sa création : outre la colorisation et le passage à une sculpture, la disposition des enfants n'est pas exactement la même, les fleurs étant également absentes de la photographie. Cette œuvre devait intégrer une exposition rétrospective de l'artiste au Centre Pompidou en 2014, mais n'a pu être exposée en raison d'un dommage pendant le transport. Il n'empêche qu'elle a été reproduite et diffusée sur de multiples supports, tel que le catalogue de l'exposition, et a également pu figurer dans des reportages.

Estimant que cette sculpture était une reproduction non autorisée de la photographie de Jean-François Bauret, les héritiers du photographe ont assigné l'artiste, sa société, ainsi que le centre Pompidou en contrefaçon de droit d'auteur et réparation. Le Tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 9 mars 2017⁴, a effectivement considéré que la statue reprenait des éléments caractéristiques de la photographie, notamment dans le choix et la disposition des sujets. Les arguments selon lesquels la statue aurait un caractère parodique et serait couverte par le bénéfice de la liberté d'expression ont été écartés. La contrefaçon était donc constituée, mais seulement pour les faits de reproduction photographique et de diffusion réalisés en France dans le cadre de l'exposition. L'artiste ne pouvait être poursuivi pour la réalisation même de la statue, celle-ci ayant été effectuée aux Etats-Unis. Le tribunal a ainsi condamné la société Jeff Koons et le centre Pompidou au paiement de 24000 € de dommages-intérêts, pour atteinte aux droits patrimoniaux et au droit de paternité de Jean-François Bauret.

³ *Patrick Cariou vs Richard Prince*, 714 F. 3d 694, 2nd Circ., April 25, 2013

⁴ TGI Paris, 3^{ème} Ch., 4^{ème} Sect., 9 mars 2017, RG n° 15/01086, *RTD-Com.*, avril 2017, pp. 353-363, note F. POLLAUD-DULIAN ; *D.*, 2017, p. 759, obs. F. LAFAILLE ; *JAC*, mai 2017, p. 3, obs. E. TREPPOZ ; *Dalloz IP/IT*, mai 2017, pp. 277-280, note P. MOURON

Saisie de cette affaire, la Cour d'appel de Paris devait donc à nouveau mettre en balance le droit d'auteur avec la liberté d'expression s'agissant d'une œuvre appropriationniste. Sans surprise, la Cour a confirmé le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris, dans son arrêt en date du 19 décembre 2019. L'application de l'exception de parodie a également été exclue, pour des motifs plus classiques que ceux retenus par le Tribunal de grande instance. Surtout, le contrôle de proportionnalité entre le respect du droit d'auteur et l'exercice de la liberté d'expression artistique tourne une nouvelle fois à l'avantage du droit de propriété intellectuelle.

La solution est en apparence classique et nous rappelle que l'utilisation d'une œuvre comme « matière première » artistique ne saurait prospérer en l'absence d'autorisation de son auteur. En pareil cas, l'appréciation des ressemblances entre l'œuvre première et l'œuvre dérivée suffit pour caractériser la contrefaçon (I). Pour autant, on peut s'interroger sur la pertinence du rejet de l'exception de parodie, alors que celle-ci connaît depuis peu un certain assouplissement (II). De même, le juste équilibre entre le respect du droit d'auteur et l'exercice de la liberté d'expression dans un domaine artistique se heurte à des difficultés d'appréciation qui intéressent les fondements mêmes du droit d'auteur (III).

I. LA « MATIÈRE PREMIÈRE » ARTISTIQUE À LA SOURCE DE LA CONTREFAÇON

L'appropriationnisme, tel que Jeff Koons l'a pratiqué, s'est particulièrement illustré dans la série *Banalities*, dont est tirée l'œuvre *Naked*. En effet, l'artiste n'a jamais caché s'être inspiré de créations antérieures, notamment photographiques, pour réaliser cet ensemble de sculptures. Selon lui, celles-ci ne sont pas des œuvres composites, mais bien des créations entièrement originales. Elles ne reprendraient qu'une partie non substantielle des œuvres antérieures, et comporteraient une signification différente. L'argument n'a cependant pas été reçu par les juridictions qui ont eu à connaître des contentieux relatifs aux œuvres de *Banalities*. L'artiste a été plusieurs fois condamné pour atteinte au copyright ou au droit de l'auteur de l'œuvre antérieure utilisée comme « matière première » (A), l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ajoutant un nouvel épisode à cette série de condamnations (B).

A. *Banality* : une série d'œuvres et une série de condamnations

La série *Banality* a été la source de plusieurs contentieux, jugés tant aux Etats-Unis qu'en France. La série comprend vingt sculptures en porcelaine ou en bois polychrome. Elles furent conçues et exposées par Jeff Koons pour la première fois aux Etats-Unis en 1988, et certaines d'entre elles figuraient dans l'exposition organisée au centre Pompidou en 2014. L'affaire *Naked* porte désormais à cinq le nombre de condamnations prononcées à l'égard de cet ensemble d'œuvres.

Les trois premières ont eu lieu aux Etats-Unis dès le début des années 1990. La plus célèbre concerne l'œuvre *String of Puppies*, dont les faits sont similaires à ceux de l'affaire *Naked*. L'artiste s'était inspiré d'une photographie en noir et blanc commercialisée sous la forme de cartes postales, représentant un couple tenant huit chiots dans leurs bras. La sculpture qui en a été tirée comportait certes des différences, notamment de par le passage à un format en trois dimensions, la colorisation et l'ajout de détails ne figurant pas sur la photographie. Elle en restait toutefois très ressemblante, aucune autorisation n'ayant été sollicitée auprès de Art Rogers, qui en était l'auteur. C'est pourquoi la Cour d'appel du deuxième circuit des Etats-Unis a confirmé la condamnation de Jeff Koons pour violation de copyright dans une décision en date du 2 avril 1992⁵. La Cour du district Sud de New York a statué dans le même sens en 1993 pour deux autres œuvres issues de la fameuse série⁶. Dans ces trois affaires, les juges américains ont rejeté les arguments qui sont depuis invoqués par l'artiste, à savoir que sa création relèverait du *Fair Use* et qu'elle comporterait une dimension parodique. De même, les juges ont condamné l'argument selon lequel les œuvres antérieures constitueraient des matières premières ayant servi, sans risque de confusion, à la réalisation des secondes.

Plus récemment, et en France, c'est une autre œuvre de la série *Banality* qui a donné lieu à une condamnation dans le même contexte que celui de l'affaire *Naked*. Il s'agit de la sculpture *Fait d'hiver*, qui fut présentée au public par le Centre Pompidou dans le cadre de l'exposition précitée. Celle-ci représente une femme allongée dans la neige, un cochon portant un petit

⁵ *Art Rogers vs Jeff Koons*, 960 F.2d 301, 2nd Circ., April 2, 1992 ; voir également : ARTHUR J. A., « Jeff Koons : Artist or Thief ? », *Copyright Law Symposium (ASCAP)*, Vol. 41, 1992-1993, pp. 99-146; FRENCH R. A., « Rogers vs Koons: Artistic Appropriation and the Fair Use Defense », *Okla. L. Rev.*, Vol. 46, Issue 1, Spring 1993, pp. 175-204

⁶ *United Feature Syndicate vs Jeff Koons*, 817 F. Supp. 370 (S.D.N.Y. 1993), March 24, 1993 ; *Campbell vs Jeff Koons*, 91 Civ. 6055 (S.D.N.Y. 1993), April 1, 1993

tonneau autour du cou (à l'image des saint-bernards) et un pingouin se penchant au-dessus de sa tête. Cette œuvre était encore inspirée d'une photographie, réalisée en 1984 en tant que publicité de la marque *Naf Naf*, et dont la mise en scène était pratiquement identique. Les quelques ajouts effectués par Jeff Koons, notamment le pingouin et les fleurs autour du cou du cochon, le changement de format et la colorisation des sujets n'ont pas suffi à écarter toute ressemblance avec l'œuvre première. Le bénéfice de l'exception de parodie est rejeté, non pas pour l'absence de but humoristique, mais au motif discutable que l'œuvre première ne serait pas suffisamment connue du public. Il en est de même sur le terrain de la liberté d'expression, cette reprise ayant permis à l'artiste de faire « l'économie d'un travail créatif », l'esprit de la sculpture étant par ailleurs très similaire à celui de la photographie. C'est pourquoi le Tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 8 novembre 2018⁷, a condamné l'artiste, la société et le Centre Pompidou au paiement de 148000€ de dommages-intérêts pour atteinte aux droits de reproduction et d'exposition, la sculpture *Fait d'hiver* ayant été présentée au public, à la différence de l'œuvre *Naked*.

Néanmoins, il est à noter que l'argumentaire déployé par Jeff Koons a été accueilli favorablement pour une autre de ses œuvres appropriationnistes. Il s'agit de l'affaire *Andrea Blanch vs Koons*, jugée aux Etats-Unis par la Cour d'appel du deuxième Circuit le 26 octobre 2006⁸. L'œuvre litigieuse était constituée d'un collage d'éléments issus d'œuvres antérieures, dont l'une était une photographie de mode relative à des sandales *Gucci*. Les juges ont ici admis que la reprise effectuée par l'artiste portait sur un élément non substantiel de l'œuvre antérieure, qui était de plus d'une faible originalité. Les deux créations ne pouvaient par ailleurs être confondues au regard de leurs nombreuses différences, notamment au niveau de leur signification. Pour ces raisons, cet usage transformatif a été considéré comme relevant du *Fair use*. Cette décision ouvre la porte aux usages appropriationnistes et transformatifs en droit américain, en considération des circonstances très spécifiques de l'affaire. L'argument tenant à l'extraction d'une « matière première » provenant d'une autre création a donc été reçu, sous toutes ces réserves.

⁷ TGI Paris, 3^{ème} Ch., 1^{ère} Sect., 8 novembre 2018, RG n° 15/02536, *PI*, n° 70, janvier 2019, pp. 27-33, note A. LUCAS et J.-M. BRUGUIERE ; *RLDI*, n° 157, mars 2019, pp. 8-12, note P. NOUAL

⁸ *Andrea Blanch vs Koons*, 467 F.3d 244, 2nd Cir., October 26, 2006, *CCE*, février 2007, alerte n° 39, obs. P. KAMINA

Les arguments ici avancés par l'artiste étaient assez proches de ceux qu'il a invoqués dans l'affaire *Naked*.

B. *Naked* : La stricte appréciation des ressemblances formelles entre l'œuvre première et l'œuvre dérivée

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Naked* est venu confirmer le jugement du Tribunal de grande instance. Pour autant, on remarque que les arguments invoqués par les défendeurs ont quelque peu évolué et tendaient à étendre la solution rendue dans l'affaire précitée des sandales *Gucci*. Cela s'en ressent dès l'appréciation de l'originalité de la photographie de Jean-François Bauret, mais aussi au niveau de l'appréciation des ressemblances entre les deux œuvres.

L'originalité de l'œuvre de Jean-François Bauret était plus fermement contestée par les défendeurs. Jeff Koons faisait valoir que la photographie emprunterait beaucoup au « fonds commun de l'art », plusieurs de ses composants, tels que le décor et l'éclairage, étant d'une certaine banalité. Il en serait de même pour la position, somme toute « naturelle », des deux enfants ayant posé pour cette photographie. *In fine*, l'originalité de celle-ci ne serait que relative. L'argument est classique en défense de ce type d'action. Par analogie avec l'affaire *Andrea Blanch vs Koons*, on comprend que l'artiste cherchait à établir une distinction, dans l'œuvre première, entre les composants qui sont originaux et ceux qui ne le sont pas. Seuls les seconds, qui servent de « matières premières », auraient été repris dans la sculpture, ce qui excluait la contrefaçon.

A la différence du Tribunal de grande instance, dont l'appréciation portait sur le fond et la forme de l'œuvre, la Cour d'appel de Paris va s'en tenir de manière plus exacte aux seuls éléments formels pour dégager l'existence des choix libres et créatifs effectués par le photographe⁹. Ceux-ci s'avèrent finalement assez nombreux et sont éclairés des notes laissées par Jean-François Bauret. Ainsi en est-il du choix du noir et blanc, du cadrage, de l'éclairage et du décor de la photographie. Il en est de même pour la disposition des deux enfants, de leurs bras et de leurs visages qui, loin d'avoir été improvisée, a été dictée par le photographe. Il en

⁹ CJUE, 3^{ème} Ch., 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer c./ Standard VerlagsGmbH et a.*, n° C-145/10, *RTD-Com.*, janvier 2012, pp. 109-110, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *PI*, n° 42, janvier 2012, pp. 30-31, obs. A. LUCAS ; *CCE*, mars 2012, pp. 26-28, obs. C. CARON

résulte que le cliché comporte bien une combinaison de choix créatifs et esthétiques propres à son auteur. C'est bien pourquoi la photographie est considérée comme protégeable par le droit d'auteur, sans égard à un quelconque degré d'originalité. Un tel critère ne saurait valablement être mis en avant au stade de l'appréciation des conditions de protection ; une œuvre est originale ou elle ne l'est pas. Il peut en revanche être mobilisé au stade de l'exercice des droits, et notamment de l'appréciation d'une éventuelle contrefaçon¹⁰.

C'est à ce niveau que les défenseurs invoquaient une deuxième série d'arguments afin de démontrer que Jeff Koons n'avait fait que reprendre des éléments non originaux de la photographie. Selon l'artiste, la contrefaçon ne pourrait être caractérisée que s'il y a reprise des « éléments donnant à l'œuvre première son originalité ». A défaut, il ne saurait y avoir atteinte aux droits d'auteur dans l'œuvre seconde, « qui peut se distinguer par une tonalité révélant la personnalité de son auteur et présenter ainsi une originalité spécifique ». Autrement dit, et cela rejoint les arguments avancés précédemment, Jeff Koons n'aurait repris de la photographie que des éléments appartenant au fonds commun de la création artistique, tout en excluant ceux qui établissent son originalité. A ce niveau, les défenseurs s'en tiennent à relever les différences formelles entre les deux œuvres, qui résultent principalement du changement de genre et de couleurs, du caractère fictionnel de la sculpture ainsi que de l'ajout de nombreux éléments non présents dans la photographie. A la différence des arguments soulevés en première instance, le changement de signification entre la photographie et la sculpture n'est mobilisé que de façon incidente, ce critère relevant davantage du fond que de la forme.

Malgré ces précisions, la Cour d'appel va confirmer l'existence d'une contrefaçon au regard des nombreuses ressemblances entre les deux œuvres. Le changement de genre est à ce titre sans incidence sur cette appréciation. Cela est logique puisqu'une œuvre de l'esprit peut être reproduite et/ou représentée dans différents formats, même partiellement, sans perdre de son identité. Le principe a donné lieu à de nombreuses décisions, y compris s'agissant d'œuvres d'art contemporain. L'affaire *Paradis* l'illustre parfaitement, s'agissant d'une reproduction

¹⁰ CARON C., « Des fortes et des faibles originalités », obs. sous C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 17 février 2004, n° 01-16.415, *CCE*, septembre 2004, p. 61

photographique non autorisée¹¹. L'idée est donc également valable pour la reprise partielle d'une photographie dans une sculpture.

La Cour d'appel s'attache à relever, de manière très détaillée, les ressemblances qui les caractérisent. Celles-ci tiennent à l'identité des sujets et de leur apparence, au fait que la « forme générale des corps des enfants » s'inscrive dans la même « forme géométrique, avec la même oblique au sommet par l'alignement de leurs têtes », certains détails, tenant à l'attitude des enfants, ayant également repris à l'identique. Aussi, la combinaison de ces éléments se retrouve exactement dans les deux œuvres, les éléments propres de l'œuvre seconde n'étant pas suffisants, sur le plan formel, pour écarter tout rapprochement avec l'œuvre première. Si les juges reconnaissent qu'ils donnent à la sculpture une signification bien différente de celle de la photographie, cela est sans incidence sur l'appréciation de la contrefaçon. La solution évite ainsi le piège consistant à différencier les œuvres en fonction de leur fond et non de leur forme. Toute adaptation d'une œuvre à un nouveau genre peut inclure un changement d'esprit. Elle n'en reste pas moins soumise au principe de l'article L 111-4 du Code de la propriété intellectuelle.

Surtout, on saluera le fait que la Cour d'appel n'ait pas retenu la distinction suggérée par les défendeurs, qui aurait conduit à apprécier si les éléments repris dans la sculpture étaient bien originaux ou non. Cette position est confortée par le fait que lesdits éléments ont en eux-mêmes été considérés comme originaux.

II. LA « MATIÈRE PREMIÈRE » ARTISTIQUE, ENTRE L'EXCEPTION DE PARODIE ET LE DROIT EXCLUSIF

Tout comme dans les affaires précitées, Jeff Koons faisait valoir que sa sculpture comportait une dimension parodique appréciable tant au regard des changements apportés par rapport à la photographie qu'à l'intention poursuivie par ce travestissement. On rappellera que le changement de genre n'excluait pas par principe l'exception de parodie¹². Si l'argument est

¹¹ C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 13 novembre 2008, n° 06-19.021, *RIDA*, n° 219, janvier 2009, pp. 353-361 ; *CCE*, janvier 2009, pp. 23-24, obs. C. CARON ; *RTD-Com.*, janvier 2009, pp. 140-141, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *D.*, 2009, pp. 263-268, obs. B. EDELMAN et E. TREPPOZ

¹² S'agissant de romans parodiques des aventures de Tintin et Milou : CA Paris, 18 février 2011, *SAS Arconsil c./ Soc. Moulinsart*, *Gaz. Pal.*, 22 juin 2011, pp. 14-15, obs. L. MARINO ; *CCE*, janvier 2012, pp. 36-38, obs. C. CARON ; *PI*, n° 39, avril 2011, p. 187, obs. J.-M. BRUGUIERE

écarté sans difficultés apparentes par la Cour (A), la solution semble toutefois critiquable au regard de l'assouplissement dont l'exception a fait l'objet sous le coup de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci ouvre la voie à un usage plus souple de la parodie, finalement proche de celui qui était en cause dans l'affaire *Naked* (B).

A. L'exception de parodie une nouvelle fois mise en échec

Sur le terrain de l'exception de parodie, les juges de première instance avaient retenu une solution fort discutable et similaire à celle de l'affaire *Fait d'hiver*.

Selon le Tribunal, la photographie n'était pas suffisamment connue du public depuis 1970 pour que la sculpture puisse l'évoquer dans l'esprit du public. C'est là une interprétation excessive de l'une des conditions, posées par l'arrêt *Deckmyn* de la Cour de justice de l'Union européenne¹³, selon laquelle « la parodie a pour caractéristiques essentielles d'une part d'évoquer une œuvre existante dont elle doit se différencier de manière perceptible ». L'existence d'une œuvre n'implique pas nécessairement qu'elle soit notoire. Ce critère de notoriété est indifférent tant à la protection par le droit d'auteur d'une œuvre de l'esprit qu'au bénéfice des exceptions. Cela induirait une distinction en fonction du succès d'une œuvre, celui-ci pouvant fort bien être variable dans le temps et dans l'espace. Certes, les œuvres notoires sont en pratique plus propices à faire l'objet de détournements et autres parodies. L'exception a d'ailleurs pu être invoquée en défense par d'authentiques plagiaires, qui cherchaient en fait à parasiter la réputation d'une œuvre notoire, les juges ayant pu caractériser l'existence d'un le risque de confusion dans l'esprit du public¹⁴. Cependant, ce n'est là que la conséquence d'un travestissement insuffisant de l'œuvre première¹⁵. On ne saurait en revanche en faire une condition de l'exception au-delà de la seule existence de celle-ci.

Les défendeurs évitaient soigneusement cet écueil devant la Cour d'appel, en précisant qu'il importait peu que la photographie soit peu connue du grand public. L'essentiel était que la

¹³ CJUE, Grande Ch., 3 septembre 2014, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c./ Helena Vandersteen et a.*, n° C-201/13, *PI*, n° 53, octobre 2014, pp. 393-396, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *RTD-Com.*, octobre 2014, pp. 815-818, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, novembre 2014, pp. 33-34, obs. C. CARON ; voir également la note que nous avons consacrée à cette décision et parue dans cette revue : « L'exception de parodie du droit d'auteur devant la Cour de justice de l'Union européenne », *RLDI*, n° 109, novembre 2014, pp. 8-16

¹⁴ TGI Paris, 3^{ème} Ch., 9 janvier 1970, *Soc. Éd. du pactole c./ Soc. Arpèges et a.*, *RIDA*, n° 64, avril 1970, pp. 172-176

¹⁵ CA Paris, 11 mai 1993, *Soc. Enoch c./ Faizant et le Point*, *RTD-Com.*, 1993, p. 510, obs. A. Françon

sculpture s'en différencie suffisamment sur le plan formel. Les juges écartent l'argument, en se fondant une nouvelle fois sur l'absence de notoriété de l'œuvre première, mais aussi en raison de l'absence de dimension humoristique dans l'œuvre de Jeff Koons. Ce second motif aurait à lui seul suffi pour rejeter l'exception de parodie. Quand bien même la sculpture comporterait une esthétique « kitsch », à l'opposé de la sobriété de la photographie, cela ne suffit pas pour en dégager une quelconque volonté de provoquer le rire. Le message de dérision ne caractérise pas non plus cette intention, l'auteur n'ayant jamais présenté sa démarche artistique en ce sens. Au mieux la sculpture peut-elle « faire sourire », ce qui ne signifie pas « faire rire ».

La Cour d'appel s'inscrit ainsi dans une vision classique de l'exception, en exigeant une intention humoristique caractérisée.

B. L'utilisation potentielle d'une œuvre comme « matière première » à une métaphore humoristique

Bien que classique, la solution rendue par la Cour d'appel de Paris doit néanmoins être mise en perspective avec la jurisprudence ayant fait suite, en France, à l'arrêt *Deckmyn* de la Cour de justice de l'Union européenne.

Selon cette décision, le bénéfice de l'exception suppose qu'il existe des différences perceptibles entre l'œuvre parodiée et la parodie, celle-ci n'ayant pas nécessairement à revêtir un caractère original propre. Par ailleurs, si l'intention humoristique demeure l'une des conditions essentielles de l'exception, elle peut malgré tout être dirigée vers d'autres buts que la raillerie de l'œuvre première, la source n'ayant pas à être obligatoirement mentionnée. L'exception est ainsi passée au crible de la mise en balance des droits fondamentaux, alors même que ses conditions légales avaient déjà pour fonction d'assurer l'articulation entre le respect du droit d'auteur et l'exercice de la liberté d'expression dans un but humoristique¹⁶. Du reste, certaines lois nationales en font davantage une limite externe du droit d'auteur qu'une exception à proprement parler¹⁷. Ces conditions ont dès lors fait l'objet d'un certain assouplissement,

¹⁶ CA Paris, P. 5, 2^{ème} Ch., 18 février 2011, *ibid.* ; également : CA Bruxelles, 14 juin 2007, *PI*, n° 28, juillet 2008, pp. 347-349, obs. V.-L. BENABOU

¹⁷ VOORHOOF D., « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? La parodie en tant que métaphore », in STROWEL A. et TULKENS F. [Dir.], *Droit d'auteur et liberté d'expression – Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, Bruxelles, 2006, pp. 58-59

notamment au niveau de l'élément matériel et de l'élément moral de la parodie. Celle-ci peut procéder d'un réarrangement d'une œuvre antérieure afin de porter une opinion ou un message distinct, pourvu de faire rire d'une façon ou d'une autre. De ce point de vue, l'œuvre parodiée doit bien être considérée comme la matière première du message porté par la parodie, celui-ci pouvant constituer une « métaphore humoristique ».

C'est exactement en ces termes que la première chambre civile de la Cour de cassation a caractérisé l'élément moral de l'exception dans l'affaire relative à l'utilisation détournée d'un buste de Marianne comme couverture du magazine *Le Point*¹⁸. La sculpture avait fait l'objet d'une reproduction photographique, dont la seule modification tenait à un léger recadrage. Aucune modification substantielle n'avait été apportée à l'œuvre originale. Seule une représentation stylisée du niveau de la mer avait été ajoutée à hauteur du menton, donnant l'impression que le buste était en train de couler. Il s'ajoutait là-dessus un titre évoquant le « naufrage » de la République française, « tirée vers le bas » par certains groupements et corporations. Le caractère symbolique de l'œuvre utilisée était bien sûr déterminant dans ce montage, bien qu'il doive rester extérieur à l'appréciation de la parodie. La Cour de cassation a rappelé que la distanciation avec l'œuvre première peut provenir d'ajouts contextuels, sans nécessairement impliquer une transformation de sa substance. Un simple collage pouvait donc suffire. Par ailleurs, le recours à une « métaphore humoristique » traduit bien l'intention de faire rire, en illustrant un débat d'intérêt général, peu importe le caractère sérieux du message. L'arrêt doit être salué sur ce point car la parodie ne doit pas avoir pour seul but la moquerie de l'œuvre première. Certaines juridictions du fond n'avaient pas hésité à affirmer qu'elle puisse poursuivre d'autres finalités¹⁹, la doctrine n'ayant jamais mis en doute l'association de l'humour et de la critique à ce niveau²⁰. Tel est le cas lorsqu'il s'agit d'évoquer des sujets de société ou rendre hommage à une personnalité²¹. On sait de plus qu'il existe plusieurs formes

¹⁸ C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 22 mai 2019, n° 18-12.718, *CCE*, juillet 2019, pp. 32-33, obs. C. CARON ; *RLDI*, n° 160, juin 2019, pp. 26-27, obs. P. NOUAL ; CA Paris, P. 5, 2^{ème} Ch., 22 décembre 2017, *PI*, n° 67, avril 2018, pp. 51-53, obs. J.-M. BRUGUIERE ; voir également notre note consacrée à cette affaire et parue dans cette revue : « De la parodie à la métaphore humoristique – L'exception de parodie au prisme de la balance des intérêts », *RLDI*, n° 163, octobre 2019, pp. 21-27

¹⁹ DURRANDE S., « La parodie, le pastiche et la caricature », in *Mél. André Françon*, Dalloz, Paris, 1995, p. 139

²⁰ OLAGNIER P., *Le droit d'auteur – Tome second : le droit moderne*, LGDJ, Paris, 1934, pp. 191-192

²¹ Voir not. : TGI Paris, 19 janvier 1977, *RIDA*, n° 92, avril 1977, p. 167 ; TGI Paris, 3 janvier 1978, *RIDA*, n° 96, avril 1978, p. 119, note H. DESBOIS ; TGI Paris, 3^{ème} Ch., 14 mai 1992, *RTD-Com.*, 1993, p. 96, obs. A.

d'humour, ce qui autorise une grande variété d'expressions et de nuances, le droit à l'humour pouvant être exercé le plus librement possible²². Cela est d'autant plus important que l'exception de parodie a pour but de libérer l'usage d'une création de forme pour mieux détourner ses idées de fond. Mais il en découle une certaine difficulté à établir la portée de cette intention. Celle-ci est d'autant plus importante que la distanciation avec la forme de l'œuvre première ne se comprend qu'au regard du message de fond auquel elle est associée. Hormis certaines limites bien établies, telles que l'incitation à la haine²³, on ne saurait hiérarchiser en fonction du caractère plus ou moins explicite de cette intention. C'est en tout cas la leçon qu'il faut tirer de l'arrêt précité de la première chambre civile.

On ne peut s'empêcher de faire le lien avec l'affaire *Naked*, car elle présentait d'importantes similitudes avec le cas précité, le contexte journalistique en moins. L'argumentaire de Jeff Koons pourrait aisément lui être transposé : le buste de Marianne a bien été utilisé comme la « matière première » d'un visuel nouveau portant un message ironique sur un sujet de société. Mais n'est-ce pas exactement ce que l'artiste a tenté de faire dans la série *Banality* ? A y regarder de plus près, la comparaison lui serait même plus favorable ! Sur le plan matériel, on ne peut nier qu'il a effectué un travail de travestissement beaucoup plus poussé qu'un simple photomontage. Indépendamment du changement de genre, tous les éléments caractérisant l'originalité de la photographie ont été renversés (couleurs contre noir et blanc, exagération et kitsch contre sobriété et simplicité,...) et intégrés dans une œuvre matériellement nouvelle. Sur le plan moral, l'intention de Jeff Koons était bien de tourner en dérision certains travers de la société contemporaine, tels que le sentiment de culpabilité et le tabou de la sexualité. De ce point de vue, la sculpture comporte bien une dimension métaphorique associée à un sujet d'intérêt général. On ne voit donc pas pourquoi il ne s'agirait pas d'un usage parodique respectant les lois du genre, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne et la première chambre civile de la Cour de cassation.

FRANCON ; CA Paris, 11 mai 1993, *ibid.* ; CA Versailles, 1^{ère} Ch., 17 mars 1994, *D.*, 1995, p. 56, obs. C. COLOMBET ; CA Riom, 15 septembre 1994, *D.*, 1995, pp. 429-432, note B. EDELMAN

²² STROWEL A. et TULKENS F. « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur – à propos des libertés de créer et d'user des œuvres », in STROWEL A. et TULKENS F. [Dir.], *Droit d'auteur et liberté d'expression – Regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 10

²³ TGI Paris, 3^{ème} Ch., 15 janvier 2015, *PI*, n° 55, avril 2015, pp. 203-205, obs. J.-M. BRUGUIERE ; TGI Paris, 3^{ème} Ch., 1^{ère} Sect., 15 juin 2017, *PI*, n° 66, janvier 2018, pp. 51-52, obs. J.-M. BRUGUIERE

La solution de la Cour d'appel pourrait fort bien être remise en cause au vu de ces évolutions. Le même constat a d'ailleurs pu être fait dans l'affaire *Fait d'hiver*²⁴. Le critère de l'absence de notoriété de la photographie était certainement le seul élément objectif auquel les juges du fond pouvaient se raccrocher, l'intention humoristique étant écartée de façon péremptoire.

III. LA « MATIÈRE PREMIÈRE » ARTISTIQUE, DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION AU DROIT D'AUTEUR

Les défendeurs invoquaient encore le nécessaire équilibre du droit d'auteur avec l'exercice de la liberté d'expression pour justifier de l'utilisation de la photographie comme matière première. En filigrane, c'est plus de la liberté de création artistique qu'il était question, celle-ci étant une déclinaison de la liberté d'expression dans le domaine des arts²⁵. L'argument, d'inspiration européenne²⁶, est désormais classique dans ce type de contentieux, et suppose d'établir un contrôle de proportionnalité entre les droits en présence²⁷. Mis en échec dans la célèbre affaire *Klasen c./ Malka*²⁸, le bénéfice de la liberté d'expression avait également été écarté dans l'affaire *Fait d'hiver* précitée. La Cour d'appel va sans surprise rejeter l'argument (A), bien que celui-ci nous renvoie aux fondements mêmes du droit d'auteur (B).

²⁴ NOUAL P., « De l'art ou du cochon ? Irrésistible *bis repetita* sur le rejet de la liberté d'expression », *RLDI*, n° 157, mars 2019, p. 10

²⁵ Sur la portée de cette distinction, voir : MONTAS A., « Le juge et la liberté de création artistique », *Les Cahiers de la Justice*, n° 2018/4, pp. 737-751 ; MOURON P., « La liberté de création au sens de la loi du 7 juillet 2016 », obs. sur art. 1 et 2 de la loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine, *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, n° 2017-30, <http://www.revuedlf.com/>

²⁶ CEDH, 5^{ème} Sect., 10 janvier 2013, *Ashby Donald c./ France*, n° 36769/08, *RTD-Com.*, avril 2013, pp. 274-277, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *PI*, n° 47, avril 2013, pp. 216-218, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *CCE*, avril 2013, pp. 27-29, obs. C. CARON

²⁷ C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 15 mai 2015, n° 13-27.391, *RTD-Com.*, juillet 2015, pp. 515-526, note F. POLLAUD-DULIAN ; *PI*, n° 56, juillet 2015, pp. 281-287, notes A. LUCAS et J.-M. BRUGUIERE ; *CCE*, juillet-août 2015, pp. 29-31, obs. C. CARON ; *D.*, 2015, pp. 1672-1677, note A. BENSAMOUN et P. SIRINELLI ; C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 22 juin 2017, n° 15-28.467 et 16-11.759, *CCE*, septembre 2017, pp. 28-30, obs. C. CARON ; *LP*, n° 352, septembre 2017, pp. 438-441, note E. TREPPOZ ; *RTD-Com.*, octobre 2017, pp. 891-900, note F. POLLAUD-DULIAN

²⁸ CA Versailles, 1^{ère} Ch., 1^{ère} Sect., 16 mars 2018, *RTD-Com.*, avril 2018, pp. 345-349, note F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, mai 2018, pp. 24-26, obs. C. CARON ; *JCP-E*, 2019, chron. n° 1063, § 10, obs. A. ZOLLINGER

A. La liberté d'expression une nouvelle fois mise en échec devant le droit d'auteur

Une fois encore, Jeff Koons et sa société tentaient ici de faire valoir que l'emploi d'une œuvre comme matière première peut participer de la liberté d'expression de l'artiste.

Moins que la photographie intégrale, l'artiste américain n'aurait utilisé que des « composantes » de celle-ci. De plus, les ajouts originaux qu'il a effectués dans un but qui lui est propre induiraient un effet de distanciation avec l'œuvre première, qui aurait été transformée « dans un but et une signification complètement différents ». En effet, la sculpture *Naked* évoquerait la « découverte du désir et de la sexualité », ainsi que « l'idée de libération et l'humanité du sentiment de culpabilité, de péché et de honte ». La série *Banalilty* toute entière aurait elle-même été motivée par la volonté « d'éliminer tout jugement de valeur et de traiter de la banalité pour partager avec le public son idée qu'il n'y a pas à avoir honte de nos goûts et de notre histoire à travers des œuvres mêlant le kitch et le pop art ». Surtout, Jeff Koons prendrait un soin particulier dans la sélection des œuvres dont il s'inspire, ne s'attachant pas nécessairement à leur notoriété mais davantage à leur esprit. Ainsi aurait-il choisi la photographie de Jean-François Bauret pour le sentiment de pureté et de tendresse dont elle est porteuse. Enfin, Jeff Koons et sa société faisaient valoir que le droit d'auteur devait lui-même être considéré comme portant une atteinte à la liberté d'expression artistique, laquelle ne pouvait être que proportionnée. Selon eux, l'artiste devrait pouvoir puiser son inspiration au sein d'autres œuvres de l'esprit, y compris celles qui sont encore protégées, afin d'en extraire les matières premières nécessaires à ses propres créations. Ils défendaient une lecture minimaliste du droit d'auteur, ce qui se comprend au regard de la référence précitée au « fonds commun de l'art ».

Opérant le contrôle de proportionnalité, le Tribunal de grande instance avait estimé que la société Jeff Koons échouait à établir pourquoi l'artiste avait eu besoin d'utiliser précisément cette photographie pour porter un tel discours. On notera que ce critère de l'absence de nécessité avait déjà été relevé par les juridictions américaines dans les affaires précitées, et plus particulièrement dans l'affaire *String of puppies*. Il s'agit également d'un argument controversé soulevé à l'occasion de l'affaire *Klasen c./ Malka*. Au-delà, le Tribunal se fondait encore sur l'absence de notoriété de la photographie, au prétexte que celle-ci serait nécessaire pour que le public puisse percevoir le nouveau message porté par l'artiste. Les différences entre les deux œuvres n'étant pas suffisantes pour exclure tout rapprochement, Jeff Koons aurait ainsi fait,

tout comme pour *Fait d'hiver*, l'économie d'un travail créatif qui ne pouvait se faire sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première.

Tout en reconnaissant les différences entre les deux œuvres et la légitimité du but poursuivi par l'artiste, la Cour d'appel va à nouveau confirmer cette solution, estimant que l'artiste échouait à démontrer la nécessité d'utiliser l'œuvre de Jean-François Bauret. Au contraire, il lui est même reproché d'avoir délibérément choisi une œuvre peu connue du public, ce alors même que la portée de son message aurait supposé de se fonder sur une œuvre notoire, que les spectateurs pourraient immédiatement identifier. Par ailleurs, d'autres représentations d'enfants auraient pu être choisies au regard du message portée par la sculpture *Naked*. Enfin, quand bien même la photographie aurait été la plus à même d'inspirer une œuvre nouvelle à Jeff Koons, celui-ci ne pouvait ignorer qu'il s'agissait d'une œuvre encore protégée, pas plus qu'il ne pouvait ignorer l'identité de son auteur. Par conséquent, il ne pouvait l'utiliser sans autorisation, ce qui confirme la condamnation pour atteinte aux droits de ce dernier.

La solution appliquée par la Cour d'appel de Paris n'aidera guère à bâtir une réelle doctrine du contrôle de proportionnalité en la matière. Elle avive au contraire les controverses liées au critère de nécessité, qui dégénère bien souvent en critère de substituabilité ; à lire ce nouvel arrêt, il est légitime de reprendre sans autorisation une œuvre notoire, mais pas une œuvre qui l'est moins²⁹. Cela implique pour les juges de prendre en compte la notoriété (le mérite ?) des œuvres sur la base d'un public de référence lui-même aléatoire. En l'espèce, s'il est certain que l'œuvre de Jean-François Bauret est « moins » notoire que celle de Jeff Koons au niveau mondial, on ne saurait pour autant affirmer qu'elle en est dénuée pour le public français ainsi que dans le milieu de la photographie. Elle a en tout cas été suffisante pour que l'artiste américain en prenne connaissance avec le nom de l'artiste *via* une carte postale, ce qui ne pouvait lui faire ignorer qu'il s'agissait d'une œuvre protégée. La Cour d'appel ne manque de le rappeler pour sanctionner le défaut d'autorisation du photographe.

Pour autant, l'affaire *Naked* soulève encore des questions qui nous renvoient aux origines mêmes du droit d'auteur.

²⁹ BENABOU V.-L., « *Klasen* : quand le contrôle de proportionnalité des droits dégénère en contrôle de nécessité des œuvres », *Dalloz IP/IT*, 2018, pp. 300-303

B. La « matière première » artistique, aux fondements du droit d'auteur

Si le droit d'auteur sort encore victorieux de cette bataille contre l'appropriationnisme, il n'empêche que les arguments soulevés dans cette affaire invitent à préciser la portée du contrôle de proportionnalité. A ce niveau, l'argumentaire de Jeff Koons peut être réexaminé à l'aune d'une autre grille de lecture.

Tout d'abord, il convient de rappeler que le droit d'auteur et la liberté d'expression artistique n'ont pas à être systématiquement opposés. Au contraire, ces deux droits fondamentaux entretiennent des liens privilégiés tant par leur objet que par leur finalité. La liberté d'expression ou de création artistique peut apparaître comme le préalable nécessaire du droit d'auteur. L'acte de création reste nécessaire à l'existence d'une œuvre de l'esprit, et le critère d'originalité suppose que celle-ci soit la plus libre possible. La liberté de création artistique défend ainsi « *la possibilité de créer plutôt que son résultat* »³⁰. C'est ainsi que la doctrine personnaliste percevait la liberté d'expression comme le fondement même du droit d'auteur³¹. Inversement, le droit d'auteur apparaît comme un « moteur » de la liberté d'expression, en ce que son objet procède de moyens de communication au public³². Son exercice participe même de la diffusion des idées de fond qui sont associées aux œuvres. Surtout, il comporte un effet vertueux à travers l'incitation à la création de nouvelles œuvres. Si celles-ci sont « privatisées » pour un temps limité au profit de l'auteur, c'est bien parce qu'elles doivent *in fine* enrichir le domaine public dans lequel d'autres auteurs pourront puiser leur inspiration, autrement dit des « matières premières ». C'est notamment au niveau de la durée que l'équilibre entre les deux droits a pu être trouvé.

En affirmant que le droit d'auteur constitue une limite nécessairement proportionnée à la liberté d'expression, et non l'inverse, Jeff Koons tentait de démontrer que cet équilibre devait également être établi à l'égard des œuvres qui sont encore protégées par le droit d'auteur. Celles-ci peuvent en effet comprendre des éléments non originaux, relevant du fonds commun de l'art, propres à servir de matières premières sans attendre le terme des droits patrimoniaux.

³⁰ POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 2014, p. 549

³¹ Voir not. : COLIN A., note sous C. Cass., 25 juin 1902, *Cinquin c./ Lecocq, D.*, 1903, Jurisprudence, p. 8 ; NAST M., note sous T. Civ. Seine, 1^{er} avril 1936, *Dame Canal c./ Jamin, DP*, pp. 262-264 ; *DP*, 1936, II, p. 68 ; SALEILLES R., note sous CA Paris, 1^{er} février, 1900, *Lecoq, S.*, 1900, II, p. 121

³² ZOLLINGER A., *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, LGDJ, Paris, 2008, pp. 244-245

L'idée n'est pas nouvelle, et tient tout simplement au processus même de création. La transformation est ainsi un phénomène ancien et inhérent à la création artistique et il n'a fait que prendre une vigueur nouvelle ces dernières décennies³³. Tout auteur crée en imitant, en s'inspirant, en reprenant des formes et des moyens d'expression propres aux différents genres artistiques. De façon plus pratique, les juges ont su qualifier ces éléments, issus de « rencontres fortuites ou de réminiscences résultant notamment d'une source d'inspiration commune »³⁴, et dont la reprise peut s'avérer nécessaire en fonction du genre ou de la thématique de l'œuvre. C'est en matière musicale qu'elle a été le plus souvent soulevée, notamment avec les « mélodies du domaine public »³⁵, ou encore les « succédanés » d'un genre musical³⁶, lesquels peuvent expliquer les ressemblances entre plusieurs œuvres³⁷. Il en est de même avec la création architecturale, concernant la reprise des caractères d'un « style » particulier, qui peut être local³⁸. Dans le domaine des œuvres audiovisuelles, la notion a aussi pu être mise en avant pour désigner les « traits inhérents » au genre des jeux télévisés, qui sont « non appropriables à titre privatif »³⁹. Enfin, l'idée est également connue aux Etats-Unis, avec la notion de « scènes à faire » (en français)⁴⁰, qui a pu être mobilisée pour désigner tous les clichés propres à un genre de créations⁴¹.

Si ces notions intéressent bien sûr les œuvres appartenant à un même genre, elles ne sont pas pour autant exclusives d'un changement⁴². Les auteurs sont en effet libres de puiser leur

³³ *Rapport de la mission du CSPLA sur les « œuvres transformatives »*, établi par Madame V.-L. BENABOU et M. F. LANGROGNET, 2014, pp. 2-5

³⁴ C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 12 décembre 2000, n° 98-15.228

³⁵ CASTELAIN R., ROUANET DE VIGNE-LAVIT A., « Musique et contrefaçon », *RIDA*, n° 62, octobre 1969, pp. 3-37 ; LAURENS M., « La contrefaçon en matière de chansons », *RIDA*, n° 27, avril 1960, p. 13

³⁶ C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 1er juillet 1970, *D.*, 1970, jurisprudence, pp. 735-737, note B. EDELMAN

³⁷ CA Aix-en-Provence, 3 juin 1957, *RIDA*, n° 16, juillet 1957, p. 332 ; CA Paris, 1^{ère} Ch., 25 avril 1972, *RIDA*, n° 73, juillet 1972, pp. 221-223 ; C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 16 mai 2006, n° 05-11.780, *CCE*, juillet 2006, pp. 26-27, obs. C. CARON ; C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 3 novembre 2016, n° 15-24.407 et 15-25.200, *RTD-Com.*, 2017, pp. 91-92, obs. F. POLLAUD-DULIAN

³⁸ C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 22 janvier 2009, *RTD-Com.*, avril 2009, pp. 302-303, obs. F. POLLAUD-DULIAN

³⁹ CA Paris, 4^{ème} Ch. B, 27 mars 1998, *D.*, 1999, p. 417, obs. B. EDELMAN

⁴⁰ MAXWELL W., BOLGER K. et ZEGGANE T., « Un regard transatlantique sur les "scènes à faire" et autres banalités en droit d'auteur », *PI*, n° 30, janvier 2009, pp. 31-38

⁴¹ S'agissant d'un numéro de magie, voir : Florida Supreme Court, *Glazer vs Hoffman*, novembre 26, 1943, *Southern Reporter - Second Series*, 1944, pp. 53-56

⁴² C. Cass., 2^{ème} Ch. Civ., 2 octobre 2013, n° 12-25.941, *Gaz. Pal.*, 5 mars 2014, pp. 15-16, obs. L. MARINO

inspiration dans tous les domaines artistiques. La question avait déjà pu se poser au début du vingtième siècle en matière cinématographique. Le cinéma muet étant principalement visuel, et très proche de la photographie, les réalisateurs d'alors trouvaient dans les arts graphiques et plastiques (tableaux, sculptures,...) une bonne source d'inspiration pour leur mise en scène. Les tribunaux avaient déjà admis le principe qu'une œuvre graphique pouvait potentiellement être reproduite dans une œuvre cinématographique à travers la mise en scène et la disposition des acteurs et du décor. Si la contrefaçon a été exclue dans les quelques affaires ayant soulevé cette problématique, c'était justement parce que les similitudes entre les œuvres en cause étaient dues à une thématique commune, ce qui imposait la reprise des éléments formels propres à celle-ci (choix et apparence des personnages, des décors,...)⁴³.

C'est bien sur ce terrain que Jeff Koons tentait d'attirer les juges, en faisant valoir que la « matière première » tirée de la photographie participait de cette imitation créative, l'artiste ayant suffisamment veillé à exprimer sa personnalité par d'autres moyens dans la sculpture. Il n'empêche que la reprise des éléments propres à l'œuvre de Jean-François Bauret était certainement trop importante, et portait sur des éléments eux-mêmes originaux. On ne voit pas pourquoi objectivement il s'agirait d'éléments propres au fonds commun de l'art, au sens des notions précitées. Par ailleurs, rien n'imposait leur reprise au regard du message que l'artiste souhaitait diffuser à travers la sculpture.

La reprise d'une matière première devrait-elle donc être la plus discrète possible ? Le juste équilibre tiendrait-il à un rapport de proportion ? La Cour de justice a déjà apporté une réponse dans son arrêt du 29 juillet 2019⁴⁴. Les faits étaient relatifs à un *sampling* musical, et intéressaient le respect du droit voisin d'un producteur de phonogrammes. Selon la Cour, ce dernier est bien fondé à s'opposer à l'utilisation par un tiers d'un échantillon sonore à des fins d'inclusion dans un autre phonogramme, « à moins que cet échantillon n'y soit inclus sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute ». En pareil cas, la liberté de création artistique doit l'emporter sur le droit d'auteur. Mais cela est finalement logique, puisque l'œuvre première n'est pas reconnaissable ! Pour la même raison, il importe peu que celle-ci soit notoire

⁴³ T. Civ. Seine, 3 décembre 1913, *Etcheverry c./ Itala Film et a.*, LDA, 15 juin 1914, pp. 84-85 ; C. Cass., Req., 27 décembre 1920, *Ann.*, 1921, pp. 371-373

⁴⁴ CJUE, GC, 29 juillet 2019, *Pelham GmbH, Moses Pelham, Martin Haas c./ Ralf Hütter, Florian Schneider-Esleben*, n° C-476/17, RTDE, octobre 2019, pp. 927-930 ; CCE, décembre 2019, comm. 75

ou non, l'inspiration artistique ne s'attachant pas forcément au mérite. Cette solution paraît finalement plus sage et évite de tomber dans les travers du contrôle de nécessité. Reste à savoir comment elle pourrait trouver à s'appliquer au-delà de la matière musicale.